

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

JOÃO PAULO ALLAIN TEIXEIRA

RIVA SOBRADO DE FREITAS

SÉRGIO ANTÔNIO FERREIRA VICTOR

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direitos e garantias fundamentais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: João Paulo Allain Teixeira, Riva Sobrado De Freitas, Sérgio Antônio Ferreira Victor – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-179-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Garantias Fundamentais. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

Em uma sociedade plural e complexa, a investigação sobre os limites e possibilidades de realização da democracia é desafio permanente. No espaço do XXV CONPEDI, o grupo de trabalho “Direitos e Garantias Fundamentais I” congrega esforços no sentido do estabelecimento de pautas jurídico-políticas e sociais com o objetivo de favorecer a compreensão do papel das instituições quanto à realização dos direitos.

Nesse sentido, o resultado dos debates é agora apresentado ao público trazendo uma gama de reflexões que envolvem o direito à informação, o direito à saúde, o direito à educação, a questão indígena, os direitos laborais, o direito das pessoas com deficiência, o direito da infância, a questão das minorias, em sua complexa singularidade jurídico-institucional.

Cabe a título de apresentação, agradecer a todos os participantes do grupo, pelos trabalhos apresentados e pelo rico debate presencial. A todos desejamos uma boa leitura.

Recife, Chapecó, Brasília,

julho de 2016

João Paulo Allain Teixeira

(Universidade Católica de Pernambuco / Universidade Federal de Pernambuco)

Riva Sobrado De Freitas

(Universidade do Oeste de Santa Catarina)

Sérgio Antônio Ferreira Victor

(Instituto Brasiliense de Direito Público)

DIREITOS FUNDAMENTAIS E A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL: O CASO DA PRAÇA PORTUGAL

FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE PROTECTION OF CULTURAL HERITAGE: THE PORTUGAL SQUARE CASE

**Gabriel Barroso Fortes
Cecilia Nunes Rabelo**

Resumo

Uma ação civil pública foi ajuizada para impedir a demolição da praça Portugal, em Fortaleza /CE. Neste trabalho, foram analisadas as duas decisões proferidas sobre o caso – a primeira, que embargou a obra; a segunda, que autorizou a intervenção. Averiguando-se como os dois magistrados analisaram o litígio, a partir da perspectiva dos direitos fundamentais culturais, percebeu-se que a segunda decisão, sob pretexto da separação de poderes, desconsiderou a efetivação dos direitos culturais e ignorou que o judiciário exerce representação argumentativa, em oposição à representação política. Ademais a separação entre poderes tem finalidade de coordená-los, na proteção dos direitos fundamentais

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Patrimônio cultural, Separação de poderes, Direitos culturais, Praça portugal

Abstract/Resumen/Résumé

A civil action aimed to prevent the demolition of a public square located in the city of Fortaleza, CE. We analyze both judicial decisions handed on the case – one that embargoed the demolition; the other that authorized it. Attempting to find out how the two judges analyzed the case, from the perspective of fundamental rights, we identified that the second decision, although respecting the separation of branches, didn't consider the effectiveness of cultural rights and ignored the judiciary's argumentative representation, as opposed to the political representation, because this principle aims to coordinate the branches to protect fundamental rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights, Cultural heritage, Separation of power, Cultural rights, Portugal square

Introdução

Em maio de 2014, o Ministério Público do Estado do Ceará ajuizou a ação civil pública nº 0863610-73.2014.8.06.0001, em face do Município de Fortaleza, com intuito de impedir a demolição ou qualquer outra intervenção arquitetônica na chamada “Praça Portugal”¹, apontando que o suposto referencial histórico-cultural que o equipamento sustenta, na cidade, encontrava-se sob ameaça de desfiguração².

A ação deflagrada pelo Ministério Público teria sido provocada por uma série de intervenções urbanísticas que a administração pública local estaria promovendo na cidade de Fortaleza, consubstanciadas num programa enunciado como “Plano de Ação Imediata de Transporte e Trânsito de Fortaleza (PAITT)”, o qual teria como um dos objetos a reforma da referida praça³, para transformá-la num cruzamento entre as duas vias.

O processo foi distribuído para a 10ª Vara da Fazenda Pública, na comarca de Fortaleza, onde o magistrado atuante, provocado pelo pedido de urgência consignado pelo Ministério Público, deferiu o pleito, liminarmente, prolatando decisão interlocutória que impediria a intervenção na praça⁴.

Impedido de dar continuidade às reformas de trânsito naquele espaço, o ente público municipal, por sua vez, ajuizou pedido de suspensão de liminar, junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, para reverter de maneira imediata a situação.

E, em setembro de 2014, os efeitos da decisão liminar, proferida pelo juiz da vara da Fazenda Pública, foram suspensos, pelo presidente do Tribunal cearense, de modo que, assim, desde então, o Município ficou livre do óbice judicial que lhe impedia intervir na Praça Portugal – agora sujeita a qualquer tipo de alteração e reconfiguração.

¹ A praça, que chama atenção por seu formato circular, está localizada numa dita “área nobre” da cidade de Fortaleza/CE, na confluência entre as perpendiculares avenidas Dom Luiz e Desembargador Moreira, que em torno dela formam uma rotatória, arrodando-a.

² Na petição inicial, assim aduziu o MP/CE: “Sem sombra de dúvidas, referida Praça Portugal foi concebida ainda na década de 40 do século passado, compondo o acervo cultural e arquitetônico de Fortaleza, sendo detentora de incontestável valor histórico, se impondo como espaço de lazer e cenário já sedimentado na ordem urbanística desta urbe, podendo-se destacar a ocorrência de fatos históricos ali levados a efeito, como a instalação da Faculdade de Medicina do Ceará, circulação do último bonde elétrico em Fortaleza, instalação em Fortaleza da Ceará Gás Butano, sociedade chefiada pelo comerciante Waldemar Gomes Freire (Mazine) e que se destinava à venda de fogões abastecidos por GLP, depois vendida ao empresário Edson Queiroz, além da Faculdade Católica de Filosofia do Ceará, dentre tantos outros acontecimentos históricos e culturais”.

³ Eis um dos pedidos feitos pelo autor da ação civil pública: “[...] seja o Município réu condenado em obrigação de não fazer consistente em não promover qualquer intervenção na Praça Portugal que venha a descaracterizar o seu projeto original, e, sem prévia autorização do Conselho Municipal de Patrimônio Cultural desta cidade, promover qualquer reparo ou restauro na aludida praça”.

⁴ O dispositivo da decisão foi escrito nos seguintes termos: “[...] para que o Município de Fortaleza abstenha-se de promover qualquer intervenção na Praça Portugal, localizada na confluência das Avenidas Desembargador Moreira e Dom Luís até ulterior deliberação, sob pena de multa diária no valor de R\$ 10.000,00”.

Por força da decisão, então, a praça que, de acordo com o Ministério Público, parece ter alguma (potencial) referência na cidade como patrimônio cultural, conforme defendido na ação civil pública proposta, encontra-se sujeita a qualquer tipo de intervenção que os bens culturais, todavia, normalmente não estão submetidos dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

O presente trabalho, então, consiste numa análise sobre as referidas decisões, especificamente acerca dos fundamentos utilizados tanto para impedir a intervenção na praça quanto para autorizá-la, sob a perspectiva do tratamento que a proteção do patrimônio cultural detém no sistema constitucional.

Afinal, a despeito do mérito das referidas decisões, a causa analisada pelos dois membros do judiciário cearense, além de destacar a discussão sobre a proteção ao patrimônio cultural, revela no fundo, uma discussão que diz respeito aos *direitos culturais*. E o que se busca, no presente trabalho, é averiguar como os dois magistrados analisaram o litígio, tendo-se em conta a perspectiva dos direitos subjacentes à contenda.

Para tanto, o trabalho é lastreado em pesquisa bibliográfica, com abordagem qualitativa, de natureza descritiva e, metodologicamente, exploratória, referenciada em publicações especializadas na área jurídica, especialmente de direitos fundamentais.

Antes de tudo, porém, deve-se trabalhar na identificação dos direitos culturais no ordenamento jurídico brasileiro, de modo a verificar sua possibilidade de classificação como direitos fundamentais. E, a partir das referidas decisões judiciais, em seguida, procura-se analisar *se e como* os fundamentos utilizados pelo judiciário trataram das questões atinentes à causa sob esse viés, isto é, se o fato de serem ou não fundamentais os direitos culturais interferiu ou não na forma como decidiram os magistrados cearenses.

Cultura como objeto de direitos fundamentais e de direitos humanos

A Constituição de 1988, como advertem Dimoulis e Martins (2009, p. 32), não se caracterizaria pela sistematicidade com que relaciona as normas de direitos fundamentais, visto que se podem encontrar referências a tais direitos em diversas partes do texto.

Não se está ignorando, obviamente, que a CRFB/88 elenca, de fato, no seu quinto artigo⁵, um rol de “direitos e deveres individuais e coletivos”, que se decompõe em quase 80 incisos (e várias alíneas), tratando das mais sortidas espécies de direitos, todos de igual *status* fundamental.

⁵ Que dá início ao Título II, que trata “dos direitos e garantias fundamentais”.

Porém, isso não afasta a constatação de que os direitos fundamentais não se restringem ao elenco do art. 5º, afinal, o próprio texto de 1988 assegura que os direitos e garantias ali previstos não excluem outras normas protetoras decorrentes do regime constitucional ou mesmo dos princípios adotados, implícita e explicitamente, na Constituição⁶.

Esses direitos, portanto, devem ser identificados não somente pela sua nomenclatura ou posição topográfica no texto fundamental, mas em função da sua “relevância jurídica” no seio do sistema constitucional, ou seja, direitos contidos em dispositivos constitucionais – encerrando caráter normativo superior dentro do sistema – que tenham por finalidade, precipuamente, a limitação do exercício do poder estatal em face da liberdade e da autonomia dos indivíduos (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 46-47),

Aliás, sendo direitos fundamentais aqueles que revelam valores, positivados em normas jurídicas, traduzindo a concepção de dignidade humana numa sociedade, por um lado, e, por outro, legitimando o sistema político-jurídico vigente (LOPES, 2001, p. 35), então, também os *direitos culturais* podem se enquadrar em tal perspectiva e, por conseguinte, ser identificados como direitos fundamentais, ainda que assim não estejam literalmente destacados no texto constitucional.

Como assevera Humberto Cunha Filho (2000, p. 42), ao longo de toda a Constituição de 1988, espalham-se direitos culturais que, em razão de seu conteúdo, não podem ver negado seu *status* de fundamentais, até porque se referem a “aspectos de importância capital, por vezes de individualidade, por vezes de grupos e também de toda a Nação, no que concerne à questão da chamada identidade cultural”.

Afinal, se a riqueza de toda comunidade consiste justamente das trocas que se operam e na produção de algo único, que é a cultura (MAIA, 2008, p. 68), daí defluem a importância dos bens culturais e a necessidade de que seja assegurado, com destaque jurídico, o acesso à cultura, seja, por exemplo, por meio de proteção ao patrimônio histórico, seja por intermédio de políticas públicas que incentivem o conhecimento de bens e valores ligados à identidade e à memória coletiva⁷ *etc.*

O direito à cultura, genericamente, implica no direito à prestação estatal (LOPES, 2001, p. 64), revelando-se como direito fundamental numa segunda dimensão,

⁶ Art. 5º, § 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

⁷ CRFB/88, art. 216, § 3º: “A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais”.

consubstanciando-se no comando constitucional segundo o qual “o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais” (CRFB/88, art. 215, *caput*).

E, se o Poder Público deve garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional, apoiando e incentivando a valorização e a difusão das manifestações culturais, e, ademais, se o dispositivo constitucional, que disso trata, gera a obrigação jurídica estatal, ao mesmo tempo em que garante a posição subjetiva de fruição do correspondente direito a todos os indivíduos, de outra coisa não se pode cogitar senão de que essas normas veiculam direitos que vinculam o Estado, em vários aspectos, revelando sua fundamentalidade jurídica, também relacionada à sua dimensão de dignidade humana (CRFB/88, art. 1º, III).

A compreensão dos direitos culturais como direitos fundamentais também encontra amparo na sua caracterização como direitos humanos, que lhe é atribuída pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, em seus artigos 22 e 27. Neste documento internacional, é assegurado o direito a cada membro da sociedade de exigir a satisfação dos direitos culturais pelo Estado, além de poder tomar parte livremente na vida cultural da comunidade, fruindo das artes e participando do progresso científico e dos benefícios que deste resultam.

Também no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, a realização dos direitos culturais é considerada primordial à dignidade humana, sendo dever do Estado garantir aos seus indivíduos a plena realização desses direitos na medida dos recursos disponíveis, podendo valer-se da assistência e cooperação internacionais para tanto. No âmbito da Organização dos Estados Americanos - OEA - a Convenção Americana de direitos humanos, também denominada Pacto de São José da Costa Rica, datada de 1969, previu os direitos culturais como direitos humanos em seu art. 26, atribuindo ao Estado o dever de efetivá-los de forma progressiva na medida dos recursos disponíveis.

A garantia formal dos direitos culturais, por meio da previsão em documentos jurídicos internacionais e nacionais, é relevante, mas não suficiente para sua efetivação, sendo necessárias garantias reais que possibilitem sua fruição (SOARES, 2009). Enfatiza-se, assim, a tutela de direitos previstos em conexão com a atuação do Estado (direitos culturais), que não apenas para sua efetivação, mas também para seu desdobramento, necessitam da atuação estatal, a qual deve se concretizar por meio da elaboração de normas de promoção/proteção, assim como da gerência de políticas públicas adequadas e, também, da tutela judicial efetiva.

A Constituição, ao assegurar o pleno exercício dos direitos culturais, promoveu o reconhecimento dum ramo autônomo de disciplina jurídica, indo além da garantia de promoção e preservação da cultura e da diversidade cultural. Ao determinar que “o Estado garantirá a todo o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultural nacional...”, a CRFB/88 enfatiza a natureza de *direitos fundamentais* que possuem os direitos culturais, cuja relevância jurídica vincula a própria atuação estatal por meio, inclusive, de outros dispositivos constitucionais – por exemplo, alguns incisos do artigo 23:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...]
III - Proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural [...]
IV - Impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;
V - Proporcionar os meios de acesso à cultura [...].

Como se pode notar, então, os bens culturais devem ser objeto de proteção e promoção, por parte do Poder Público, o que envolve as funções executiva, judiciária e legislativa de todas as esferas federativas, estando esta última prevista especificamente no art. 24, incisos VII, VIII e IX da Constituição Federal.

As garantias que recaem sobre o patrimônio cultural teriam como objetivo principal, então, assegurar a efetividade dos direitos culturais que protegem, resguardando-os de “ações e omissões que, diretamente ou por meio oblíquo, impeçam a plena efetivação dos direitos fundamentais”, as quais, nessa sistemática, devem receber “a reprimenda do corpo institucional que forma o seu escudo protetivo”, como assevera Humberto Cunha Filho (2000, p. 40), para quem os *direitos culturais* são definidos como:

[...] aqueles afetos às artes, à memória coletiva e ao repasse de saberes, que asseguram a seus titulares o conhecimento e o uso do passado, interferência ativa no presente e possibilidade de previsão e decisão de opções referentes ao futuro, visando sempre à dignidade da pessoa humana (CUNHA FILHO, 2000, p. 34).

E, tendo o *status* de direitos fundamentais, os direitos culturais devem receber tratamento jurídico que lhes garanta *eficácia imediata*, com a devida atenção estatal, por meio de *garantias*, como aquelas destacadas por Humberto Cunha Filho (2000, p. 41): proteção especial contra a supressão no ordenamento, a qual pode – e deve – ser exercida também pelos tribunais; aplicabilidade imediata, do ponto de vista de eficácia jurídica, principalmente das normas constitucionais; essencialidade do conteúdo, de modo que, uma vez reconhecidos formalmente, os direitos culturais fundamentais consubstanciam decisões que “as maiorias parlamentares não podem tocar”.

Como se pode perceber, os direitos culturais assumem essa condição de direito fundamentais e, como tais, detêm posição de destaque no constitucionalismo brasileiro, não se podendo cogitar da aplicação de normas atinentes à cultura ou da discussão acerca da identificação de algum bem como patrimônio cultural, sem que se leve em conta a rede normativa que dá fundamentalidade a tais direitos.

Acontece que, por outro lado, essa noção acerca da função contramajoritária que tais direitos exercem, a partir do panorama constitucional, acaba revelando, porém, uma relação de potencial conflituosidade que pode existir entre direitos culturais e democracia. Trata-se dum confronto que, todavia, por ser potencial, deve ser averiguado, certamente, em cada caso concretamente apurado – como parece ocorrer na causa sob análise neste trabalho.

Democracia e direitos culturais

Quando se analisa a fundamentação utilizada para a decisão proferida pelo presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, suspendendo a decisão que proibira a intervenção administrativa na Praça Portugal, podem-se resumir os argumentos despendidos pelo desembargador em, basicamente, quatro fundamentos.

O primeiro ponto destacado pelo magistrado foi que (i) a Câmara Municipal de Fortaleza já havia editado e publicado a lei que autorizava a intervenção na praça, atendendo ao Plano Diretor da cidade; ademais, segundo o desembargador, (ii) a política de desenvolvimento urbano seria matéria de competência exclusiva do chefe do poder executivo municipal; e, justamente, por isso, (iii) o poder judiciário não poderia adentrar a esfera de competência dos outros poderes políticos locais – legislativo e executivo.

E, por fim, consignou o chefe do judiciário cearense (iv) que:

A prolação impugnada [a decisão liminar inicial] obstaculiza a realização de obra de extrema relevância para o Município de Fortaleza, destinada à conclusão do binário que, em benefício da coletividade, visa minimizar os problemas críticos do tráfego na cidade, acarretando, desta forma, sério transtorno na atividade administrativa do ente público.

O que se pode ver, então, é que toda a fundamentação utilizada na decisão converge, no fim, para um único fundamento: a *separação entre poderes*.

E isso acontece porque o tribunal, na figura do seu representante, deu primazia não apenas à decisão política parlamentar (que elaborou a lei autorizativa), mas também à discricionariedade político-administrativa do chefe do executivo, reconhecendo-lhes soberania para tratar da intervenção sobre o bem público, independentemente de quaisquer outros aspectos jurídicos que permeassem o embate acerca do equipamento urbano.

Subjacente a essa questão, porém, como se vê, está a discussão sobre a aplicação e eficácia das normas relativas a direitos culturais, ou talvez, antes, sobre a própria identificação de que tais direitos incidem na apuração do caso, isto é, subjaz a necessidade de, antes de tudo, identificar-se se o bem, objeto da programada destruição, poderia (ou não) constituir patrimônio cultural local.

Aliás, a suspensão de liminar operada pelo desembargador sequer identificou a existência – ainda que potencial – de tais direitos no tratamento da questão, ou seja, o que chama atenção na decisão do tribunal é, antes mesmo da retórica aplicação do princípio formal da separação de poderes, a *indiferença* quanto à juridicidade das normas constitucionais que fazem referência à proteção e à cautela que devem receber os bens culturais, ainda que houvesse questionamento acerca de sua caracterização como tal.

No entanto, ao omitir sua atuação frente à maioria parlamentar, a decisão do tribunal – por omissão – acabou destacando o prenunciado conflito, subjacente, entre *democracia* e *direitos fundamentais*.

Robert Alexy (1999, p. 65-66) aponta que a relação entre direitos fundamentais e democracia pode ser contemplada sob três perspectivas: uma *ingênua*, outra *idealista* e uma última *realista*.

Na primeira, não se enxergaria conflitualidade entre democracia e direitos fundamentais, visto que não haveria possibilidade de tensão entre duas “coisas boas”. Na segunda concepção, embora se admita a possibilidade desse conflito, a decisão democrática – numa sociedade perfeita, ideal – jamais atingiria negativamente direitos fundamentais, que constituiriam, na verdade, base e motivação política eficaz para a harmonia social, isto é, para todos.

Já numa visão realista – adotada por Alexy – os direitos fundamentais são *democráticos* – por estarem vinculados aos ideais de liberdade e igualdade, indispensáveis para a manutenção duma democracia – e, ao mesmo tempo, são *antidemocráticos* – por negarem força às majorias eleitorais, que podem ter suas decisões bloqueadas pela proteção que tais direitos recebem.

Portanto, os direitos fundamentais – e, assim, os direitos culturais – “desconfiam do processo democrático”, subtraindo-se da maioria, politicamente legitimada, o poder de decidir soberanamente sobre certas questões (ALEXY, 1999, p. 65).

Esse embate, ou melhor, essa função antidemocrática somente tem eficácia e regularidade, porém, porque o regime democrático envolve não apenas decisões formalmente *legitimadas*, mas discussões substancialmente *legitimadoras*, de modo que, quando

envolvidas questões que afetam – ou que potencialmente podem atingir – direitos fundamentais, é possível que “a representação argumentativa supere a representação política”, consoante reconhece Luiz Guilherme Marinoni (2011, p. 92).

Por trás dessa colocação está a observação de Robert Alexy (1999, p. 66), para quem a representação dos cidadãos, numa democracia, é instrumentalizada em duas instâncias: a política e a argumentativa. A primeira acontece nas instituições eleitorais, que congregam os poderes legislativo e executivo. A segunda, por sua vez, é a que compete ao judiciário, onde as minorias podem encontrar ressonância política, para fazer contrapeso.

Na base desse panorama está, justamente, o princípio da separação de poderes (art. 2º, CRFB/88), que não se sustenta para *isolá-los*, um do outro, mas, sim, para *coordená-los*, harmonicamente, na efetivação das normas constitucionais e, especialmente, dos direitos fundamentais. Quando o executivo e o legislativo apresentam-se incapazes de garantir o cumprimento adequado dos direitos fundamentais sociais – no quais podem ser incluídos, em certa perspectiva, os direitos culturais – é inevitável a intervenção do judiciário na efetivação desses direitos (CUNHA JUNIOR, 2010).

Aliás, ao analisar essa relação entre direitos fundamentais e democracia, a partir da problemática do controle judicial sobre decisões políticas, Marinoni (2011, p. 90) resume que, porque “a lei deve ser compreendida à luz dos direitos fundamentais, o que significa que o juiz também controla a constitucionalidade das leis a partir daí, é evidente que esses direitos podem se sobrepor à maioria parlamentar”.

Por isso, a representação argumentativa do judiciário, no caso sob análise, poderia suplantar a representação política dos demais poderes. Ao relegar a decisão sobre a intervenção na praça, porém, a simples questão de política administrativa, o Tribunal de Justiça cearense acabou submetendo a proteção dos direitos culturais à força político-eleitoral da maioria, descurando, com isso, da tutela básica dos direitos fundamentais.

Não obstante, é necessário destacar, por outro lado, que também a decisão proferida pelo juiz da vara fazendária, que determinara a abstenção municipal quanto a qualquer intervenção na praça, igualmente deixou de tratar a questão sob a ótica dos direitos fundamentais, que, entanto, compõem, certamente, o núcleo discutido na causa.

Veja-se que, na fundamentação da primeira decisão liminar, é localizável, no máximo, a menção aos dispositivos constitucionais que tratam do dever estatal relativamente à conservação de bens com referência à identidade cultural. O magistrado faz apenas sucinta alusão aos artigos 23 e 216 da Constituição de 1988, mas parecendo vinculá-los a deveres administrativos (em sentido genérico), não necessariamente a direitos fundamentais.

Portanto, nenhum dos dois magistrados que analisaram a causa sequer “percebeu” que, por trás da problemática ajuizada pelo Ministério Público, subsistiu uma “tutela de indiferença” acerca dos possíveis direitos fundamentais em jogo – ao menos é o que se percebe na análise da argumentação desenvolvida nas decisões.

A eficácia constitucional dos direitos culturais

Certamente, o tratamento constitucional do patrimônio cultural é construído a partir de normas que marcam as bases de atuação do Estado frente à questão. Essas disposições encerram obrigações estatais, que vão desde o dever para atuações materiais e normativas, até a abstenção de qualquer interferência que ponha em risco os valores ou bens culturais. Referidas normas, como antevisto, estão enunciadas, principalmente, nos artigos 215 e 216 da CRFB/88, situados na seção específica da parte do texto constitucional que trata “da cultura”.

Mas existem outros dispositivos, espalhados pelo texto constitucional, que não apenas tratam dessa matéria, como justamente veiculam normas de direito fundamental. É o que acontece, por exemplo, com a ação popular, ajuizável para proteger o patrimônio histórico-cultural⁸.

Aliás, por estar inserida no rol dos direitos e garantias individuais, tal norma revela o direito afeto à memória coletiva (o bem histórico, no caso) como direito fundamental na sua primeira dimensão, isto é, contra a atuação estatal, já que a ação popular objetiva invalidar comportamentos administrativos, ou seja, voltando-se contra atos do Poder Público (RODRIGUES, 2011, p. 292).

Assim, como direitos fundamentais, os direitos culturais em sua primeira dimensão exigem *abstenção*, de modo que, tomado o exemplo da causa sob análise, se pode postular pela tutela da integralidade do patrimônio cultural até mesmo contra a ação estatal.

Por isso, não se poderia julgar os pedidos ajuizados no litígio em questão, sem que se levasse em conta a malha jurídica que trata do direito à manutenção do patrimônio cultural⁹, em face das ações do Poder Público, em sua função legislativa ou executiva.

⁸ Art. 5º, LXXIII: “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo [...] ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

⁹ CRFB/88, art. 216, caput: “constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: [...] IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; e V - os conjuntos de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico”.

Não se diz, com tal colocação, que a Praça Portugal necessariamente constitua patrimônio cultural na cidade de Fortaleza, questão intensamente debatida tanto no âmbito da sociedade civil quanto dos poderes públicos municipais e estaduais. No entanto, se existe a discussão sobre essa identificação, não se pode analisar a causa – menos ainda, de maneira sumária – sem levar em consideração o objeto do pedido (proteção de um dito bem cultural), ensejando a necessária análise acerca das normas de direitos culturais.

Certamente, os direitos culturais, por serem fundamentais, vinculam todos os três poderes, estando legislativo, executivo e judiciário, atados à tutela que devem prestar a tais direitos – sendo certo, ademais, que essa vinculação, no fim, é, inclusive, controlável judicialmente (ALEXY, 1999, p. 63). É dever do Estado, em quaisquer de seus poderes, tutelar os direitos fundamentais em virtude de sua relevância social e jurídica, cabendo ao juiz, especificamente, o papel de construção da norma jurídica sobre o caso concreto, em especial quando se trata de colisão de direitos fundamentais (MARINONI, 2011).

Portanto, o argumento de “separação de poderes” não pode ser utilizado de maneira ilimitada, para afastar o judiciário do legislativo ou do executivo, que, na verdade, têm sua autonomia política vinculada aos direitos fundamentais, que compõem o núcleo axiológico do sistema constitucional:

Os direitos fundamentais formam um conjunto mínimo oponível a qualquer grupo político, seja porque constituem elementos valorativos essenciais, seja porque descrevem exigências indispensáveis para o funcionamento adequado de um procedimento de deliberação democrática (BARCELLOS, 2006, p. 39).

É certo que a teoria da divisão de poderes foi incorporada ao pensamento e doutrina do constitucionalismo moderno, como tradução da liberdade dos indivíduos, por meio duma distribuição do poder político que pudesse evitar a formação de forças absolutas, além de, noutra perspectiva, funcionar como fator de eficiência estatal (DALLARI, 2005, p. 216).

Segundo o Ministro Celso de Mello, o sistema constitucional de separação dos poderes tem por objetivo impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder, neutralizando, no plano político-jurídico, a dominação institucional de quaisquer dos poderes sobre o outro¹⁰.

Não obstante, essa separação não pode redundar numa sistemática político-jurídica que acabe relegando direitos fundamentais a objetos de disposição daqueles que detiverem – momentaneamente – a força política majoritária. A relativização desse postulado frente ao aumento das responsabilidades sociais do Estado e sua consequente posição de protetor dos

¹⁰ MS: 23452 RJ, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 16/09/1999, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 12-05-2000. PP-00020. EMENT VOL-01990-01. PP-00086.

direitos fundamentais - incluídos os culturais - elevam a discussão do caso em análise a outro patamar, o que não foi observado pelo judiciário local.

Afinal, se os preceitos básicos do constitucionalismo moderno estão pautados na distribuição do poder para garantia de direitos, não pode justamente essa separação, por outro lado, funcionar como a regra que permitiria o prejuízo direto aos direitos fundamentais.

Portanto, o primeiro argumento utilizado na decisão do desembargador cearense – segundo o qual (i) a intervenção na Praça Portugal já estava autorizada por lei elaborada pela Câmara Municipal de Fortaleza – não pareceu verificar justamente os limites que a decisão política parlamentar enfrenta, num Estado Democrático de Direito, diante do sistema de direitos fundamentais referentes à cultura.

A legislação, nesse sentido, estaria, antes, vinculada às outras normas constitucionais – além da “separação de poderes” – e, especialmente, aos direitos fundamentais.

E, por isso também, não se justifica, no atual estágio do constitucionalismo brasileiro, que o argumento de separação de poderes fundamente a ideia de que a definição das políticas públicas seja da livre escolha do executivo (segundo argumento da decisão judicial), como se não houvesse parâmetros jurídicos, inscritos na própria Constituição, para vincular sua competência – na esteira do que anota Ana Paula de Barcellos (2006, p. 43):

Se a Constituição contém normas nas quais estabeleceu fins públicos prioritários, e se tais disposições são normas jurídicas, dotadas de superioridade hierárquica e de centralidade no sistema, não haveria sentido em concluir que a atividade de definição das políticas públicas – que irá ou não realizar esses fins – deve estar totalmente infensa ao controle jurídico.

Por outro lado, deve-se lembrar que o Estado também deve desempenhar papéis ativos, acerca da temática cultural, de modo que não se restringe sua competência à simples abstenção em face, por exemplo, dos bens histórico-culturais, mas compreende uma atuação efetiva na proteção, fomento e difusão da cultura de forma geral.

Partindo do texto constitucional, Humberto Cunha Filho (2010) identifica que os papéis a serem desempenhados pelo Estado poderiam ser mnemonicamente descritos, numa perspectiva didática, por meio de quatro ações: *proteger*, *apoiar*, *promover* e *garantir*.

Antes de tudo, portanto, o Estado deve *proteger* o patrimônio cultural, impedindo a descaracterização de bens que ostentem algum valor histórico-cultural, por meio de inventários, registros, tombamentos, vigilâncias, desapropriações, além de outras formas de acautelamento, o que se aproxima, por outro lado, do seu dever de *apoio* à cultura, que é amplo, indo desde o incentivo para a difusão cultural, até a tarefa de proporcionar meios para que os cidadãos tenham acesso aos bens culturais (CUNHA FILHO, 2010, p. 44-45).

Cabendo ao Poder Público, ademais, o dever de *promover* o patrimônio cultural, o que seria feito a partir do programa de políticas públicas, isso, todavia, não basta ser respaldado pela lei, pois também se deve guiar pelos valores inscritos na Constituição, até mesmo porque também compete ao Estado punir os danos e ameaças ao patrimônio cultural, criando incentivos para a produção e conhecimento de bens de cultura, desenvolvendo seu papel de *garantidor* dos direitos culturais (CUNHA FILHO, 2010, p. 47-46).

Como se pode ver, então, a esses deveres estatais correspondem direitos fundamentais, numa segunda dimensão, em razão dos quais são exigidas prestações de *cautela e preservação*, acerca do patrimônio cultural, por parte do Poder Público. E, no caso municipal, esses papéis devem ser cumpridos através das duas funções políticas que detém o ente público: a de *legislação* e a de *administração* da cidade.

Até mesmo porque, quando se fala em atuação estatal, isso também engloba, por exemplo, o dever de *prestações normativas*, que encerrariam direitos fundamentais à ação estatal positiva (ALEXY, 2012, p. 202), de modo que cabe ao Poder Público criar normas que visem às finalidades constitucionais acerca dos direitos culturais.

Sendo assim, porém, cabendo ao poder judiciário, por sua vez, apurar como a função legislativa é desempenhada, no contexto da vinculação dos órgãos políticos (parlamento e executivo) aos direitos fundamentais, não se pode relegar a uma questão de maioria partidária o direito que têm os cidadãos à tutela da lei e à adequação das políticas públicas, diante dum bem no qual há intensa discussão acerca de sua referência como patrimônio cultural da cidade.

O poder político encontra limites no texto constitucional, que, devido à sua pluralidade de visões, sobre as inúmeras matérias ali tratadas, dá ensejo a conflitos normativos que não podem ser resolvidos por mera subsunção ou referência a princípios formais, como o da separação de poderes.

Afinal, os conflitos que aparecem no texto constitucional justificam-se, em boa parte, por expressarem as diferentes pretensões que necessitam conviver numa sociedade plural, ao passo que a própria Constituição consubstancia um conjunto de decisões valorativas que, juridicamente, envolvem o cenário e delineiam os caminhos das deliberações políticas (BARCELLOS, 2006, p. 36-37). E, desse modo, dar primazia às decisões majoritárias com o simples argumento de separação de poderes, equivale a negar a juridicidade da própria Constituição.

Ora, se é correto afirmar-se que, “quando a Constituição consagra cláusulas pétreas – que, na Carta de 1988, incluem os direitos fundamentais (CF, art. 60, § 4º, IV) – nada há que

o poder político ordinário possa fazer acerca de tais normas, salvo submeter-se” (BARCELLOS, 2006, p. 39), é ao judiciário que cabe interceder para verificar a compatibilidade entre a força da decisão expressada na lei e a força normativa do texto constitucional, isto é, dos direitos fundamentais.

Ademais, se competem ao Estado vários deveres constitucionais que afirmam, no fim, que o ente público deve tratar das questões envolvendo – ainda que potencialmente – o patrimônio cultural, no mínimo, com *cautela*, não se pode equiparar a autonomia política dos órgãos municipais a uma espécie de “carta branca”, pois, antes disso, o judiciário tem o dever de averiguar como o poder político está cumprindo as determinações constitucionais acerca das políticas públicas relacionadas aos bens e direitos culturais.

O magistrado não deve analisar simplesmente se existe ou não uma lei para tratar da questão, mas averiguar sua adequação ao texto constitucional, ou melhor, aos direitos fundamentais envolvidos, verificando como a decisão do parlamento interfere sobre o bem que fora excluído da sua esfera de disposição (MARINONI, 2011, p. 92).

Afinal, a separação de poderes serve à preservação de direitos fundamentais; e não para deixá-los à mercê da força política. E o tratamento que a Constituição dá ao patrimônio cultural demanda *cautela*, diante do impasse – “democracia *versus* direitos fundamentais” – que é levado à última instância de segurança social: o judiciário. Pois, se existe a discussão ou o impasse acerca da intervenção estatal num bem que pode ser reconhecido como patrimônio cultural, exige-se do executivo, do legislativo e, principalmente, do judiciário o *contrapeso*, para evitar a consumação dum possível prejuízo a direitos fundamentais que, antes, deveriam orientar e vincular a elaboração das leis, a execução das políticas públicas e as decisões judiciais – principalmente quando tomadas de maneira liminar.

Conclusões

Como se pôde verificar, as duas decisões que foram analisadas, apesar de serem diametralmente opostas no mérito, carregam a mesma *omissão*, no tratamento da questão destacada: ambas são silentes em reconhecer que podem estar em jogo direitos fundamentais no caso da Praça Portugal.

Ao autorizar, porém, a plena intervenção no bem, sem qualquer ressalva, o presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, pelo argumento de separação de poderes, ignorou que o judiciário exerce a representação argumentativa dos cidadãos, no regime democrático, em oposição à representação política dos demais poderes.

Além disso, existe um conjunto de normas constitucionais, determinando a preservação e a cautela sobre o patrimônio cultural (art. 23, 215, 216, por exemplo), dirigido ao Poder Público, ou seja, não apenas ao executivo ou ao legislativo, mas a todos os órgãos políticos de todos os entes da federação brasileira, vinculando-se também o poder judiciário a tais deveres.

Nessa confluência, identificam-se os direitos culturais, como direitos fundamentais, cujos principais enunciados estão naqueles dispositivos que instituem normas de obrigação ou prestação que recaem sobre a esfera de atuação do Poder Público, especialmente o municipal, de modo que o princípio da separação entre poderes não tem finalidade de isolá-los, mas, sim, de coordená-los na efetivação das normas constitucionais e, especialmente, dos direitos culturais, os quais, por sua vez, justamente por serem fundamentais, assumem aspecto antidemocrático, opondo-se à força política da maioria.

Por fim, deve-se destacar que, ao assinalar que a intervenção na praça configurava “obra de extrema relevância”, que iria “minimizar os problemas críticos do tráfego na cidade”, o presidente do Tribunal de Justiça, longe de conter-se, na sua argumentação, para evitar adentrar questões discricionárias da política urbanística (separação de poderes), acabou, na verdade, utilizando justamente argumentos políticos, para tomar uma decisão que – aparentemente – supunha respeitar o campo de exclusividade do parlamento e da administração local, o que, ao final, revela alguma contradição de argumentos.

Referências

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. **Revista de Direito Administrativo**. n. 217, p. 55-56. Rio de Janeiro, jul/set 1999.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista Diálogo Jurídico**. n. 15, p. 1-31. Salvador, jan-fev-mar 2007.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Cultura e democracia na Constituição federal de 1988**: a representação de interesses e sua aplicação ao programa nacional de apoio à cultura. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Federalismo cultural e sistema nacional de cultura**: contribuição ao debate. Fortaleza: UFC, 2010.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. A separação das funções estatais ante uma nova dogmática constitucional: a necessidade de uma revisão da teoria clássica da separação de poderes. In:

- TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Estado constitucional e organização do poder**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.
- LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Fabris, 2001.
- LOPES, Ana Maria D'Ávila. Proteção constitucional dos direitos fundamentais culturais das minorias sob a perspectiva do multiculturalismo. **Revista de Informação Legislativa**. v. 45, n. 177. Brasília, mês jan./mar. 2008.
- LOPES, Ana Maria D'Ávila; JUCÁ, Roberta Laena Costa. Redefinindo e promovendo os direitos fundamentais culturais. In: CUNHA FILHO, Francisco Humberto; TELLES; Mário Ferreira de Pragmácio; COSTA, Rodrigo Vieira (org.). **Direito, arte e cultura**. Fortaleza: Sebrae, 2008.
- MAIA, Ana Valeska. A rede de conversações entre direito, arte e cultura. In: CUNHA FILHO, Francisco Humberto; TELLES; Mário Ferreira de Pragmácio; COSTA, Rodrigo Vieira (org.). **Direito, arte e cultura**. Fortaleza: Sebrae, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- RODRIGUES, Geisa de Assis. Ação popular. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (org.). **Ações constitucionais**. Salvador: JusPodivm, 2011.
- SOARES, Inês Virgínia Prado. **Direito ao (do) patrimônio cultural brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.